



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

PROGRAMA INSTITUCIONAL DE BOLSAS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA – PIBIC

**POLÍTICAS PÚBLICAS: CONTROLE SOCIAL, (DES)JUDICIALIZAÇÃO E  
EFICIÊNCIA**

Área do conhecimento: Direito Constitucional e Direito Administrativo

Subárea do conhecimento: Constitucionalismo, cidadania e concretização de  
políticas públicas

Especialidade do conhecimento: A interferência do Poder Judiciário na garantia  
dos direitos fundamentais

Relatório Final

Período da bolsa: de agosto/2017 a julho/2018

Este projeto é desenvolvido com bolsa de iniciação científica

PIBIC/CNPq

Orientador: Henrique Ribeiro Cardoso

Autores: Mylena Rodrigues Vieira Santos e Rafael Heinze Faro



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

**SUMÁRIO**

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>1</b>
<b>2. OBJETIVOS</b>	<b>2</b>
<b>3. METODOLOGIA</b>	<b>3</b>
<b>4. RESULTADOS E DISCUSSÕES</b>	<b>4</b>
<b>5. CONCLUSÕES</b>	<b>16</b>
<b>6. PERSPECTIVAS</b>	<b>17</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>18</b>



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

## **1. Introdução**

No âmbito internacional do direito, reconhece-se duas espécies de direitos: os direitos humanos e os direitos fundamentais. A primeira espécie é dotada de universalidade, isto é, está assegurada no plano internacional por instituições com poder sobre vários países; conquanto, a segunda espécie possui teor igual à primeira, todavia, está positivada em diplomas legais de aplicação nacional – exempli gratia Constituição Federal.

Os referidos direitos fundamentais subdividem-se em três gerações: a primeira geração se refere a direitos individuais de caráter negativo, vez que demandam a abstenção do Estado; por seu turno, a segunda geração pressupõe maior participação do Estado, de forma a assegurar o bem-estar coletivo; por derradeiro, a terceira geração se pauta na fraternidade e na solidariedade, isto é, busca a cooperação entre os membros da comunidade.

O presente artigo se constrói em torno dos direitos fundamentais sociais e das políticas públicas necessárias à concretização desses. Neste sentir, convém ressaltar que os direitos fundamentais de segunda geração se tornam pauta dos governos durante o século XX, quando há a passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social. Outrossim, tornam-se pauta dos governos após o período da Segunda Guerra Mundial, quando há a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos do desamparados, ou direitos do bem-estar, garantem o mínimo existencial à pessoa humana. Esses exigem postura ativa do Estado, a fim de possibilitar conquistas sociais. Possibilitam, ademais, o alcance da igualdade – não apenas formal, mas também material, real e efetiva. A atuação do Estado, através de prestações positivas, proporciona condições para o efetivo



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

desenvolvimento dos membros da sociedade. José Afonso da Silva (2005, p. 286), delinea essa segunda geração de direitos fundamentais:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.

No âmbito nacional, a promulgação da Constituição de 1988 confere aos direitos sociais o status de norma suprema, destarte, reconhece a fundamentalidade desses. Nesse diapasão, ressalta-se que o caráter fundamental dos direitos é assegurado àqueles que “são reputados essenciais para os seus membros, e assim, são tratados pela Constituição, com o que se tornam passíveis de serem exigidos e exercitados, singular ou coletivamente” (MOTTA & BARCHET, 2009, p. 93).

## **2. Objetivos**

Em suma, os objetivos foram:

1- Verificar se a atuação do Poder Judiciário brasileiro, ao acatar como regra a judicialização de situações individuais ou coletivas em matéria de políticas públicas, produz mais injustiça social do que justiça social, ainda que, na situação processualmente delimitada pareça ser a mais acertada e justa;

2- Analisar se os direitos fundamentais tratados como ilimitados e absolutos, são passíveis de judicialização e de obrigatório deferimento pelos magistrados;



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

3- Apurar a possibilidade, especialmente no âmbito da nova processualística civil brasileira, identificar critérios e procedimentos para a compatibilização dos valores mais caros e por vezes, mais contraditórios no âmbito do direito: justiça e segurança jurídica, sem retroceder à tradicional noção de impossibilidade de análise do mérito de decisões da Administração.

### **3. Metodologia**

Pesquisas científicas obedecem etapas durante o desenvolvimento. Essas são necessárias para a credibilidade dos resultados e das conclusões obtidas. Nesse sentido, as etapas essenciais de um estudo são: a delimitação do tema, a delimitação do público alvo, a delimitação dos objetivos e a delimitação do método a ser desenvolvido.

O presente estudo restringe a temática à percepção da influência das políticas públicas na garantia dos direitos fundamentais e das interferências do Poder Judiciário nesse cenário. Contudo, o universo dessa pesquisa não abrange todo o território mundial: o público alvo compreende apenas a população do Brasil — em especial, a população do estado Sergipe.

Outrossim, o estudo delimita os objetivos: I - verificar se a atuação do Poder Judiciário brasileiro garante a justiça social ou intensifica a injustiça; II - analisar se a efetivação dos direitos fundamentais são passíveis de análise jurídica; III - e identificar critérios e procedimentos para assegurar a justiça e a segurança jurídica nos casos de judicialização das políticas públicas.

O presente estudo, por fim, delimita o método a ser utilizado. Opta-se por técnica quantitativa: há revisão de literatura, em materiais bibliográficos físicos e eletrônicos. Em primeiro momento, busca-se esclarecer conceitos referentes à



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

matéria em questão. Em momento posterior, analisa-se de forma crítica o comportamento do Poder Judiciário frente a promoção de políticas públicas.

#### **4. Resultados e discussões**

4.1. Mínimo existencial e reserva do possível: a necessidade de atuação do Poder Público na garantia dos direitos fundamentais sociais e os limites orçamentários à implementação de políticas públicas

Os direitos fundamentais sociais pressupõem a responsabilidade do Estado em garantir a concretização da vida digna para toda a comunidade. Com base nessa concepção, a doutrina desenvolve o princípio do mínimo existencial, que, consoante Scaff, seria “uma espécie de imunidade fiscal para todos aqueles que estão aquém de um determinado patamar de capacidade contributiva” (p. 81 apud TORRES, 2005, p. 186).

Em suma, o princípio do mínimo existencial é aplicado nos Estados de Bem Estar Social (Welfare States), com a intenção de assegurar as condições essenciais à vida digna para parcela da sociedade que não possui os meios de obter os serviços e os produtos oferecidos pelo mercado. Em outra lição, Scaff (2005, p.85) reforça a necessidade de participação ativa do Estado na garantia do mínimo existencial, *in verbis*:

Deste modo, o atendimento de necessidades básicas como educação, saúde, habitação, saneamento etc. devem ser atendidas pelo Estado no que tange a quem não tem como adquirir estes bens e serviços no mercado. Afinal, o sistema de mercado atende a quem tem dinheiro para comprar estas mercadorias e serviços, mas é insuficiente para fazê-lo a quem não possui os recursos necessários para tanto.

Todavia, para haver o efetivo exercício dos direitos fundamentais sociais, é mister a prestação de políticas públicas por parte do Estado. Na visão de Bruno Santos Cunha (2011, p. 80), estas “são programas de ação



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivo socialmente relevante e politicamente determinados”.

De forma geral, as referidas políticas públicas buscam obter resultados expressivos em longo prazo, à medida que forem incentivadas por atuações estatais. Ademais, a fim de se realizarem estas, o Estado irá usufruir dos recursos disponibilizados para a Administração Pública e irá aplica-los nas diversas áreas (v.g. saúde, educação, saneamento, etc.) mediante decisões políticas.

Nada obstante, o Estado, ao coordenar o desenvolvimento das políticas públicas, se confronta com recursos limitados, em virtude dos limites orçamentários. Diante dessa situação, a doutrina desenvolve novo conceito, antagônico à ideia de mínimo existencial, a reserva do possível.

O princípio da reserva do possível representa a limitação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Esta reserva é limite fático à prestação estatal no que se refere à “disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação” (COSTA, 2005, p. 49).

O referido princípio é notável na concretização das políticas públicas, vez que essas estão sujeitas a limitações orçamentárias. Dessa forma, as políticas públicas devem "encontrar limites na riqueza nacional ou na situação econômica (...), visto que não se deve acreditar na utópica inesgotabilidade dos recursos públicos e, por conseguinte, na viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais" (SILVA, 2007, p. 183).

A escassez dos recursos limita o tratamento igual para todos. Dessa forma, é necessário realizar escolhas conscientes sobre onde e como aplicar esses recursos. Deve-se graduar a concretização dos direitos sociais, ao passo que há



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

indivíduos os quais necessitam de maior atenção - os hipossuficientes, por exemplo. A eficácia das políticas públicas, portanto, depende da organização de recursos públicos. Através da aplicação de recursos públicos será possível garantir a equidade na prestação dos serviços.

Nos países centrais, as políticas públicas são realizadas com eficiência pelos Estados Sociais e, dessa forma, a reserva do possível é um limite necessário. Os recursos estatais são coordenados para cada área de forma a atender as necessidades, nesse sentir, evita-se que seja atingido o limite orçamentário determinado para a referida área. No Brasil, todavia, o princípio da reserva do possível deve ser mitigado, vez que (CASTRO E COSTA, 2005, p.50):

Entende-se que a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado-Providência nunca foi implantado. Assim, a “reserva do possível” é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que em países centrais.

A fim de atender o direito social à vida digna, principalmente àqueles que não possuem recursos para tanto, é necessário que o Estado se paute por um limite razoável na concessão de serviços e benefícios requeridos. Em suma, as políticas públicas são a forma de atuação estatal para garantir o mínimo existencial à população, limitada, contudo, pela teoria da reserva do possível.

4.2. A atuação deficiente do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas e a interferência do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais sociais





**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

Em linhas gerais, incumbe à Administração Pública efetivar os comandos dispostos nos direitos fundamentais da ordem jurídica pátria. Os recursos disponíveis para tanto são organizados em ordem a ser respeitada pelo Estado na aplicação destes, conforme as opções do legislador constitucional de priorizar áreas onde serão utilizados.

Neste diapasão, presume-se que, por constituir dever do Estado assegurar à população o exercício dos direitos sociais mediante as políticas públicas, essas são prestadas de forma eficaz. Entrementes, o referido exercício dos direitos sociais não é assegurado de maneira eficiente e, dessa forma, o cidadão procura o Poder Judiciário a fim de obter, em decisão judicial, o direito fundamental não proporcionado pela Administração Pública.

O controle judicial, portanto, é o meio de execução dos direitos sociais não atingidos pelo indivíduo ou por parcela da população e, outrossim, em diversos casos, é meio de execução do mínimo existencial não assegurado pelo Estado. Essa noção de controle judicial nasce da transformação histórica: a redemocratização pós regime ditatorial, aliada a cartas constitucionais repletas de direitos fundamentais, fez surgir um Poder Judiciário forte, com poder de decisão diante de decisões políticas (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p.60). Inicia-se o fenômeno da judicialização da política.

A atuação do Poder Judiciário é necessária, todavia de caráter excepcional, isto é, se justifica quando o órgão competente da Administração Pública não realizar as políticas públicas associadas aos direitos fundamentais e, dessa forma, não garantir o mínimo existencial ao indivíduo ou à população. Neste sentir, no caso de lesão ou ameaça de lesão à direito fundamental, que deveria ser protegido por políticas públicas, o autor Valdir Ferreira Oliveira Júnior prevê quatro situações para haver a interferência do Poder Judiciário.



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

A primeira situação é a inexistência de políticas públicas (no caso de omissão executiva, o poder competente é condenado pelo judiciário e, no caso de omissão legislativa, a norma é substituída por um mandado de injunção ou por uma ação de inconstitucionalidade); a segunda situação é a deficiência da prestação (nesse caso, o juiz pode atribuir meios de otimização para que o funcionamento ser eficiente); a terceira situação é a proibição da vedação de políticas públicas sem outra com o mesmo fim ser criada; por fim, a quarta situação é o retrocesso das políticas públicas (são proibidas em razão de sua garantia pelo Estado) (2009, p. 36-37).

Destarte, evidencia-se que a ausência de políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais, possibilita a interferência judicial. Todavia, a partir da interferência judicial na execução das políticas públicas, o Poder Público cria mecanismos para se defender da atuação do Poder Judiciário. Dessa forma, a Administração Pública pode alegar a teoria da reserva do possível, ademais, pode alegar o ativismo judicial.

Nesse sentir, o próximo tópico analisará o referido conceito e o porquê a atuação do Poder Judiciário nesses casos não configura violação à tripartição dos poderes e, por conseguinte, não ultrapassa os limites impostos pela Constituição Federal.

#### 4.3. A interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: violação à teoria da separação dos poderes?

A promoção de políticas públicas é, em regra, dever do Estado necessário à garantia dos direitos fundamentais sociais. Todavia, a despeito de as referidas políticas serem promovidas pelo Estado, o desenvolvimento dessas não é sempre eficaz. Em muitos casos, não se alcança todos os indivíduos que



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

dependem das mesmas para obter o mínimo existencial. Dessa forma, frente à ineficiência da Administração Pública em assegurar o mínimo existencial à população, essa procura outros meios de executar os direitos sociais. Nesse sentir, o Poder Judiciário irá obrigar a Administração Pública, no caso concreto, a efetivar os direitos fundamentais, protegidos na Constituição Federal.

Em primeiro momento, a intervenção judiciária deve ser considerada meio de proteção à matéria constitucional que pressupõe o exercício dos direitos fundamentais mediante a atuação direta do Estado na garantia de condições para tanto, isto é, mediante as políticas públicas. Destarte, diante da “inércia desses poderes é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados” (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 73). A interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, entretanto, pode ser vista como violação à separação dos poderes.

Na evolução histórica, a separação dos poderes – teoria criada por Montesquieu no século XVIII – foi desenvolvida a fim de impedir que toda a força do Estado se monopolizasse em uma única mão – na época, a mão do monarca. Contudo, apesar de aplicarem a teoria da tripartição e serem governados pelos poderes Executivo e Legislativo com representantes eleitos pela maioria da população, houveram Estados nos quais prevaleceram regimes totalitários – nesses casos, a interferência do Poder Judiciário não era opção viável. Com o implemento de constituições as quais promovem o equilíbrio social, entretanto, houve maior abertura para a atuação do Judiciário e, por conseguinte, possibilitou-se que esse intervisse nos casos de ineficiência ou abuso de poder da Administração Pública, a fim de aplicar os direitos previstos nas constituições ou frear esses abusos.



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

Nesse sentir, a imposição de decisão pelo Poder Judiciário frente à não realização dos direitos fundamentais sociais pode ser considerada violação à separação dos poderes, vez que a garantia de condições necessárias ao exercício desses deveria ser promovida pela Administração Pública mediante políticas públicas – nesse caso, em uma visão mais estrita, a atuação do Judiciário se configuraria em poder “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados” (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 74 apud Cappelletti, 1999, p. 53). Outrossim, a interferência judiciária pode ser considerada infração à discricionariedade da Administração Pública. Todavia, a atuação do Poder Judiciário é admitida no ordenamento jurídico pátrio, vez que o exercício dos direitos fundamentais sociais deve ser assegurado, mesmo quando não há a atuação da Administração Pública. Nesse sentir, ressalta-se inclusive que a discricionariedade não é infringida pelo Judiciário, consoante lição de Barboza e Kozicki (2012, p. 78), *in litteris*:

O STJ admitiu a possibilidade de controle judicial de políticas públicas através do orçamento, inclusive direcionando verbas do próximo orçamento. O valor a ser destinado e a política específica a serem adotados, estes sim, ficam na discricionariedade do administrador. Mas não há discricionariedade em não realizar uma política pública exigida constitucionalmente.

Da leitura da lição acima, nota-se que a discricionariedade não é infringida quando há a exigência da garantia do exercício dos direitos fundamentais.

#### 4.3. A judicialização da política e o ativismo judicial: conceituação e distinção dos recentes fenômenos do Poder Judiciário

A doutrina pátria denomina de judicialização da política o recente fenômeno de intervenção do Poder Judiciário em assuntos considerados



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

estritamente políticos. Esse fenômeno ocorre em virtude de o Judiciário enfrentar “qualquer questão política como sendo uma questão constitucional” (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 61). Dessa forma, a judicialização da política atribui nova atribuição ao Poder Judiciário e, por conseguinte, aumenta a responsabilidade desse, pois passa a decidir questões referentes às políticas públicas.

A nova atribuição do Poder Judiciário traz para si feição comum no sistema do *common law*, isto é, o papel de criação do juiz que “densifica e (...) concretiza as normas previstas na Constituição” (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 63). Destarte, há a expansão do poder do Judiciário frente os conflitos sociais, ademais, há a aproximação crescente desse aos anseios da população. Todavia, a judicialização da política pode ser confundida com outro fenômeno: o ativismo judicial. Consoante o Ministro Luiz Roberto Barroso, o ativismo judicial é:

[...] a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 22)

Ambos os fenômenos – a judicialização da política e o ativismo judicial – possuem conceitos próximos: o primeiro fenômeno trata de circunstância adotada pelo atual modelo constitucional, que insere os conflitos políticos no âmbito de atuação do Poder Judiciário; por seu turno, o segundo fenômeno trata de maior participação dos integrantes desse poder nos conflitos sociais, associado a formas de impor ou não os preceitos da Constituição Federal. O presente artigo estuda o primeiro fenômeno, concernente à “imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2009, p. 22).



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

Em suma, o ativismo judicial unido à judicialização da política possui importância no desenvolvimento das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentir, nota-se que a interferência judiciária é meio de recobrar da Administração Pública conduta compatível com o esperado dessa na construção de uma sociedade com acesso aos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

#### 4.4. A judicialização dos direitos fundamentais sociais e os impactos negativos da atuação do Poder Judiciário na concessão de políticas públicas

A concretização dos direitos fundamentais sociais mediante a implementação de políticas públicas apresenta limites: os recursos orçamentários disponíveis. Dessa forma, frente à não atuação da Administração Pública – ou, ainda, frente à atuação deficiente dessa –, há a crescente busca judicial pela efetivação das políticas públicas. Nesse sentir, surgem demandas judiciais as quais reivindicam a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais sociais. À título de exemplo, no Tribunal de Justiça de Sergipe, houve o aumento de mais de 350% de ações judiciais para a concessão de medicamentos e a realização de procedimentos, entre os anos 2010 e 2012 (SES, 2013).

Outrossim, convém ressaltar que o fenômeno da judicialização delega aos órgãos do Poder Judiciário a competência de implementação de políticas públicas – a priori, competência do Poder Executivo. A interferência do Poder Judiciário, contudo, é obstáculo à efetivação dessas políticas públicas, mormente o Judiciário as determinar ao acaso: não emprega critérios racionais na deliberação das demandas e utiliza o poder discricionário.

A oferta indiscriminada de prestações e benefícios à população compromete o Orçamento Público, ademais, compromete o funcionamento da



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

estrutura do Estado. O Poder Judiciário não efetiva as políticas públicas, em verdade, cria novas políticas e, dessa forma, realoca os recursos disponíveis. Em suma, as decisões judiciais estabelecem obrigações pecuniárias não previstas nas dotações orçamentárias dos entes públicos.

O Poder Judiciário, destarte, impõe ao Estado deslocar os recursos que seriam utilizados em políticas públicas de âmbito coletivo a fim de atender as demandas individuais. Outrossim, o Judiciário impõe à administração ajustar as disponibilidades financeiras, sem considerar o impacto em outras áreas. A judicialização, portanto, acarreta o desequilíbrio orçamentário: o Estado é obrigado a deslocar recursos a fim de cobrir os gastos com a concessão de prestações e benefícios aos indivíduos.

Neste sentir, torna-se notório que prestar serviços públicos de saúde na medida das necessidades individuais agrava o desequilíbrio orçamentário. Ao satisfazer essas necessidades sem considerar a escassez de recursos, comprometemos o atendimento das necessidades coletivas. Destarte, quando aplica-se o direito nos casos concretos, o indivíduo ganha e coletividade perde.

Os cidadãos beneficiados pelas ações individuais, embora sejam responsáveis por grande impacto orçamentário, representam uma parcela mínima da sociedade. À título de exemplo, em 2012, a Secretaria de Estado da Saúde investiu quase R\$27,8 milhões em medicamentos, todavia, a judicialização da saúde alocou R\$10 milhões para menos de 1% da população, enquanto os outros R\$17 milhões foram destinados ao atendimento do restante de toda a população usuária do SUS no Estado de Sergipe (SES, 2013).

A judicialização do direito constitucional é realidade posta e prevista na Constituição Federal de 1988. O recurso ao Judiciário está positivado no Art. 5, inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

ameaça a direito". Dessa forma, não é possível questionar o fenômeno, contudo deve-se questionar os impactos negativos desse ao Orçamento Público. Esses impactos decorrem de concessões sem o devido embasamento legal, baseadas na discricionariedade, portanto, o Judiciário deve conceder as prestações e os benefícios aos indivíduos, porém com critérios rígidos de concessão.

O julgador ao analisar apenas os aspectos concretos do caso, profere decisões injustas. O Poder Judiciário precisa reconhecer o conflito entre necessidades infinitas da população e recursos escassos, dessa forma, deve graduar a concessão de prestações e benefícios. Deve analisar as demandas com um olhar extraprocessual, a fim de ponderar se o deferimento vai comprometer, financeiramente, o acesso às políticas públicas para toda a coletividade de cidadãos. É necessário beneficiar quem não possui condições financeiras.

#### 4.5. A judicialização dos direitos fundamentais sociais e a força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil

A utilização da força dos precedentes oferece soluções idênticas para casos idênticos, ademais, oferece decisões semelhantes para casos cujo fundamento jurídico é o mesmo. Para isso, torna-se essencial considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação jurídica, após considerá-las, verifica-se se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado. Dessa forma, "o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma" (TUCCI, 2004, p. 174). Quando o caso é considerado análogo, aplica-se a *ratio decidendi* do paradigma ao julgamento e vincula-se a decisão daquele à este.

No Brasil, o juiz deve aplicar prioritariamente o precedente com força obrigatória. Se não houver precedente, ou se o precedente invocado for afastado,





**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

deve fazer o confronto com os princípios constitucionais e, por fim, deve aplicar a lei. Em suma, o novo Código de Processo Civil incentiva a utilização da força dos precedentes pelo Poder Judiciário. Nesse sentir, o Art. 927, do nCPC dispõe sobre a hierarquia dos precedentes:

**Art. 927.** Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ademais, o novo CPC, no Art. 332, instrui rejeitar liminarmente a petição inicial quando essa contrariar o precedente:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase introdutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar

- I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça;
- II – acórdão proferido em julgamento do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça de recursos repetitivos;
- III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

As demandas judiciais, portanto, não tramitarão por diversas instâncias do Poder Judiciário para receber decisão idêntica ou semelhante a demandas anteriores. Dessa forma, evita-se o aumento na quantidade de ações judiciais, ademais, evita-se a utilização excessiva de recursos.



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

A força dos precedentes, portanto, demonstra-se instrumento necessário à judicialização dos direitos fundamentais sociais. Ao vincular o caso em julgamento ao caso paradigma, há a redução do poder discricionário do julgador. Esse irá verificar se ambos os casos compartilham a mesma *ratio decidendi* e julgará o caso em função do paradigma. Impede-se, portanto, que o juiz embase decisões em argumentos fracos. Ademais, reduz-se a concessão ilimitada de prestações e benefícios, dessa forma, as implicações negativas no Orçamento Público serão amenizadas. Ademais, a força normativa dos precedentes auxilia na redução das excessivas ações judiciais acerca do direito à saúde.

## **5. Conclusões**

O exercício dos direitos fundamentais sociais demonstra-se imprescindível à realização do Estado de Bem Estar Social. Os referidos direitos estão presentes na Constituição Federal e pretendem dirimir as disparidades presentes na sociedade, a partir da garantia das condições essenciais ao exercício desses, isto é, a partir da garantia do mínimo existencial. Entretanto, a atuação do Estado, mediante políticas públicas, na garantia dessas condições encontra limite nos Recursos Orçamentários – aplica-se, então, a teoria da reserva do possível. Dessa forma, os limites orçamentários podem impedir a atuação do Poder Público – ou, ainda, torná-la ineficiente.

Em razão das limitações impostas à atuação estatal, há casos particulares nos quais as condições essenciais ao exercício dos direitos fundamentais não são garantidas e, dessa forma, o indivíduo pode recorrer ao Poder Judiciário a fim de assegurar a concretização dos direitos. Nesse sentir, a atuação do Judiciário é necessária, todavia, é meio excepcional de execução dos



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

direitos fundamentais e, dessa forma, deve se pautar nos limites estabelecidos pela Carta Magna. A partir da interferência judicial nas políticas públicas, o Poder Público cria mecanismos para se defender da atuação do Poder Judiciário: a Administração Pública pode alegar a teoria da reserva do possível e o ativismo judicial.

Outrossim, a interferência judiciária na garantia das condições essenciais ao exercício dos direitos fundamentais – isto é, o mínimo existencial, pode ser considerada violação à tripartição dos poderes. Todavia, entende-se que a atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas não configura infração à tripartição, em verdade, deriva de comando constitucional e possui o escopo de alcançar a realização dos direitos fundamentais presentes em sua carta. Esse fenômeno, a judicialização da política, está consagrado no corpo constitucional.

Por derradeiro, todavia, a decisão do Poder Judiciário no caso concreto representa a realocação de recursos orçamentários – previamente destinados à implementação de políticas públicas em âmbito coletivo – para causa individual. Nesse sentir, faz-se mister a análise extraprocessual da referida causa, vez que, a despeito de beneficiar de forma imediata o indivíduo, estagnar o alcance do mínimo existencial para grande parcela da sociedade. Dessa forma, o sistema de precedentes se demonstra imprescindível à atenuação dos problemas referentes à judicialização e, consequente, equilíbrio das políticas públicas.

## 6. Perspectivas



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

O presente projeto de pesquisa constrói-se a partir da necessidade de se compreender o fenômeno “judicialização” das políticas públicas, que se tornou regra no âmbito do Poder Judiciário brasileiro – invés de exceção. Outrossim, em especial, deve-se entender que há diversas formas de “judicialização”, isto é, em razão do objeto, a interferência do Poder Judiciário na promoção de políticas públicas pode ser positiva ou negativa à população.

Em verdade, este projeto de pesquisa propôs elevar o estudo para além do simples tema da “judicialização” e trabalhar com a ideia de “judicializações” variáveis. Nesse sentir, pretende-se identificar de qual maneira o Poder Judiciário deve atuar, a fim de produzir efeitos positivos para o indivíduo, sem causar prejuízos para o resto da população. Em suma, torna-se necessário compreender que haverá, a depender do objeto da “judicialização”, consequências positivas ou negativas.

Dessa forma, convém ressaltar que, a despeito de o presente estudo tratar o tema, esse não está esgotado. O devido aprofundamento do tema “judicialização” das políticas públicas poderá identificar inúmeras soluções para as problemáticas identificadas neste projeto de pesquisa.

### **Referências Bibliográficas**

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59 - 86, jan./jun. 2012.



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, Madrid, n. 13, p. 17 - 32, 2009.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83 - 105, abr./jun. 2005.

BARCHET, Gustavo; MOTTA, Sylvio. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARVALHO, André Castro. Propriedade intelectual. In: JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. **Estado de Direito e Ativismo Social**. São Paulo: Editora Quartier Latio do Brasil, 2010.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. **A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 40 - 53, jan./mar. 2005.

CUNHA, Bruno Santos. **Direitos fundamentais: da constituição às políticas públicas**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65 - 82, jan./jun. 2011.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>> . Acesso em 27 de maio.



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**

GRINOVER, Ada Pellegrine. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 09- 37, 2010.

JÚNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. **Políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais: controle judicial do dever de progresso e da proibição do retrocesso**. Caderno de Ciências Sociais Aplicadas, Vitória da Conquista, n. 7, p. 33 - 49, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a sociologia da administração da justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, Portugal, n. 2, p. 11 – 44, nov. 1986.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Revista Verba Juris, João Pessoa, v. 4, n. 4, p. 79 - 104, jan./dez. 2005.

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SERGIPE. Judicialização da Saúde será discutida nesta segunda-feira. Disponível em: <http://www.saude.se.gov.br/index.php?act=leitura&codigo=8846>. Acesso em 24 de fevereiro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais**. Leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**